Die rechtlichen Wirkungen der ungerechtfertigten Entlassung des Dienstschuldners durch den Dienstberechtigten und die Rechtslage beim Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach ungerechtfertigter Entlassung.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde an der Universität Rostock

von

Walter Klaffenbach,
Referendar.

Referent: Geh. Hofrat Professor Dr. Bernhöft.

Stoffeinteilung.

Seite

I. Die rechtlichen Wirkungen der ungerechtfertigten Entlassung des Dienstschuldners durch den Dienstberechtigten . . . . . 7—32
1. auf das Bestehen des Vertrages . . . . . 7—19
a) Widerlegung der Ansicht, daß die ungerechtfertigte Entlassung den Vertrag auflöst . . . . . 7—13
b) Begründung der Ansicht, daß der Vertrag bestehen bleibt . . . . . 13—15
c) Wirkungen der ungerechtfertigten Entlassung als Kündigung für den nächsten zulässigen Termin . . . 15—17
d) Umdeutung der ungerechtfertigten Entlassung durch Konversion . . . . . 17—19
2. auf die Ansprüche des Dienstschuldners . . . . . 19—28
a) Begründung der Ansicht, daß der Schuldner seinen Anspruch aus § 615 B. G.-B. geltend machen muß . 19—24
b) Widerlegung der Ansicht, daß der Schuldner nach § 324 B. G.-B. seinen Anspruch geltend zu machen hat 24—28
3. Widerlegung der Ansicht, daß in der Entlassung eine Erfüllungsverweigerung mit der gleichen Wirkung zu finden sei, wie wenn dem Dienstherrn eine Frist mit der im § 326 B.-G.-B. vorgesehenen Erklärung gesetzt wäre 28—32

II. Die Rechtslage beim Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach ungerechtfertigter Entlassung . . . . . 33—43
1. Widerlegung der bisher vertretenen Ansichten, der Schuldner habe ein „Recht“, andere Dienste nach ungerechtfertigter Entlassung aufzusuchen . . . . . 33—37
2. Begründung der Ansicht, daß das Aufsuchen anderer Dienste Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, die von beiden Kontrahenten, vorwiegend jedoch vom Dienstherrn zu vertreten ist . . . . . 37—43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0030

Einleitung.

Die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Entlassung des Dienstschuldners durch den Dienstberechtigten und die Rechtslage beim Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach ungerechtfertigter Entlassung — man sollte meinen, bei der außerordentlich großen Bedeutung, die diesem Thema im praktischen Rechtsverkehr zukommt, eine reichhaltige und völlig erschöpfende Literatur über diese Fragen zu finden. Doch dem ist nicht so. Wenn auch der erste Teil unseres Themas von vielen Seiten die ihm gebührende Beachtung gefunden hat und von einigen, so vor allem von L o t m a r in seinem verdienstvollen Werk „Der Arbeitsvertrag" einer durchaus sorgfältigen Behandlung gewürdigt ist, so fehlt es doch an einer ausführlicheren Darstellung, die erschöpfend die mannigfach divergierenden Ansichten einheitlich zusammenfaßt und sie einer eingehenden Kritik unterwirft. Diesem Mangel abzuhelfen, soll in der vorliegenden Abhandlung versucht werden.

Wenn demnach aus obigem Grunde eine eingehendere Behandlung des ersten Teils unseres Themas gerechtfertigt erscheinen dürfte, so dürften noch weit gewichtigere Gründe für eine ausführlichere Behandlung des zweiten für die Praxis ebenfalls sehr bedeutsamen Teils unseres Themas sprechen, der Rechtslage beim Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach ungerechtfertigter Entlassung. Denn hier haben sich bisher Literatur und Rechtsprechung begnügt, eine Entscheidung

auf allgemeineren Gerechtigkeitserwägungen aufzubauen. Jedoch möchte ich diesen Weg, juristische Fragen zu erörtern, solange nicht für nachahmenswert halten, als uns das Gesetz die Möglichkeit bietet, seinen Spuren zu folgen und so, auf sicherer gesetzlicher Grundlage aufbauend, eine Entscheidung zu treffen. Ich habe daher im zweiten Teile meiner Abhandlung versucht, auf diesem, den Vorzug verdienenden Wege, eine befriedigendere Lösung zu geben.

Teil I.

Die rechtlichen Wirkungen der ungerechtfertigten Entlassung des Dienstschuldners durch den Dienstberechtigten.

Wenn wir von den Rechtswirkungen der ungerechtfertigten Entlassung zunächst auf ihre Wirkung auf das Bestehen des Dienstvertrages eingehen wollen, so bieten sich uns hier naturgemäß nur zwei Möglichkeiten:

Entweder bringt die ungerechtfertigte Kündigung das Dienstverhältnis zum Erlöschen, oder sie läßt es fortbestehen. Für beide Auffassungen haben sich in der Literatur Anhänger gefunden. Die erste Ansicht findet allerdings nur einen einzigen Vertreter, und zwar in Fischer[1]), der sie in einer Abhandlung im „Recht" folgendermaßen begründet. Er unterscheidet zunächst zwischen ungerechtfertigter Kündigung durch den Dienstberechtigten und solcher durch den Dienstverpflichteten. Im ersten Falle soll das Dienstverhältnis erlöschen, während es im zweiten weiterbestehen soll.

Schon diese Unterscheidung, die eine gänzlich ungleiche Stellung des Dienstherrn und des Dienstschuldners nach ungerechtfertigter Kündigung schafft, muß unser größtes Bedenken wachrufen. Denn unstreitig geht der Wille des Gesetzgebers im § 626 B. G.-B. dahin, dem

---

[1]) Recht 1903, S. 335.

Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten die gleichen Rechte zu geben. Wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, kann „jeder Teil“ kündigen. Wie also bei rechtmäßiger Ausübung des Kündigungsrechts aus § 626 B. G.-B. beide Teile gleichgestellt sind, so darf natürlich — nur das kann dem Willen des Gesetzes entsprechen — auch bei unrechtmäßiger Ausübung dieses Rechts der eine Kontrahent nicht günstiger als der andere gestellt werden.

Wenn diese Ausführungen schon die Unbilligkeit der Ansicht Fischers darlegen, so werden wir auch ihre Unrichtigkeit erkennen können, wenn wir die Begründungen Fischers näher prüfen. Fischer will seine Meinung auf folgende Erwägungen stützen:

„Hat der Dienstberechtigte aus einem angeblich wichtigem Grunde gekündigt und stellt sich später die Nichtigkeit dieses Grundes heraus, so ist das Dienstverhältnis von der Kündigung ab erloschen, da einmal der zur Dienstleistung Verpflichtete keinen Anspruch darauf hat, daß ihm die Leistung der Dienste gestattet werde, daß der Berechtigte dieselben annimmt und weiterhin der andere Teil die vereinbarte Vergütung nur gegen Leistung der versprochenen Dienste schuldet. Ist der Dienstberechtigte aber nach ausgesprochener Kündigung nicht verpflichtet, die Dienste des anderen anzunehmen, so kann er mit der Annahme der Dienste auch dann wohl nicht in Verzug kommen, wenn der Verpflichtete ihm dieselben anbietet. § 615 greift also hier nicht Platz; der Verpflichtete kann für die Zeit nach der Kündigung die vereinbarte Vergütung nicht verlangen. Es dürfte sich demnach ergeben, daß, wenn der Berechtigte das Dienstverhältnis unter Angabe irgend einer Tatsache als wichtigen Grund ohne Frist kündigt, das Dienstverhältnis allemal mit der ausgesprochenen Kündigung sofort beendigt ist, gleichviel, ob jene Tatsache wahr oder unwahr ist.“

Eine Widerlegung dieser Ausführungen Fischers

versucht in derselben Zeitschrift Meyer[2]), indem er sagt, eine Verpflichtung zur Annahme der Dienste ergäbe sich aus dem Gesetze ganz unzweideutig im § 615 B. G.-B.: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug" — davon könne aber nur die Rede sein, wenn er zur Annahme der Dienste verpflichtet ist. —

So überzeugt auch Meyer selbst von der Richtigkeit seiner Ansicht zu sein scheint, wie aus ihrer knappen und scharfen Formulierung hervorgeht, so vermag ich mich ihr doch nicht anzuschließen. Seine Argumentation, aus § 615 B. G.-B. sei zu entnehmen, daß eine Pflicht des Dienstherrn zur Annahme der Dienste bestände, da ja von Verzug nur dann die Rede sein könne, wenn eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme bestände, ist völlig haltlos und beruht auf einer groben Verkennung der Voraussetzungen des Gläubigerverzugs. Der Gläubiger braucht durchaus nicht verpflichtet zu sein, die Leistung anzunehmen, um in den Annahmeverzug zu geraten. Dadurch unterscheidet sich ja gerade der Verzug des Gläubigers von dem des Schuldners, daß der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger aber nicht verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen, soweit ihm nicht bei einzelnen Schuldverhältnissen die Verpflichtung zur Abnahme ausdrücklich auferlegt ist (z. B. § 433 II, § 640 I B. G.-B.). Der Schuldner kommt nur in Verzug, wenn die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unterbleibt. Der Verzug des Gläubigers aber tritt ganz ohne Rücksicht darauf ein, ob dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Diese Ansicht wird in der Literatur fast allseitig[3]) gebilligt. So führt Wentrup in seinem Werke über den Gläubigerverzug aus:

[2]) Recht 1903, S. 356.

[3]) So Planck, S. 103/104. — Kohler, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 149. — Wentrup, der Gläubigerverzug im B. G.-B., S. 4. — Rosenberg, der Verzug des Gläubigers in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 141. — Lot-

„Zwar spricht der § 293 nicht direkt aus, daß für den Gläubiger keine Pflicht, wohl aber ein Recht zur Annahme bestehe, und derselbe auch ohne sein schuldvolles Verhalten moros werden könnte. Da die Merkmale der Annahmepflicht und des Verschuldens des Gläubigers stillschweigend im Gesetz übergangen sind, so müssen sie als abgelehnt gelten, zumal wenn man die Vorschrift des § 293 mit der ausdrücklichen Bestimmung bei dem Verzuge des Schuldners in Gegensatz bringt[4])."

Auch Lotmar[5]) entnimmt aus der Fassung des Gesetzes als sicher, daß ein Verschulden des Gläubigers bei der Nichtannahme nicht erforderlich sei, daß ihn dafür kein Vorwurf zu treffen braucht.

Aus diesen Ausführungen dürfte klar hervorgehen, daß die Begründung, mit der Meyer die Ansicht Fischers widerlegen will, durchaus haltlos ist.

Ist es auch Meyer nicht gelungen, die Ansicht Fischers zu widerlegen, so ist damit noch keineswegs ihre Richtigkeit festgestellt. Wenn wir auch aus den obigen Erörterungen über das Wesen des Gläubigerverzugs ersehen haben, daß die Ausführung Fischers, der zur Dienstleistung Verpflichtete habe keinen Anspruch darauf, daß ihm die Leistung der Dienste gestattet werde, daß der Berechtigte dieselben annehme, soweit durchaus richtig sind, so können wir doch seine letzte Folgerung, daß der Dienstherr die vereinbarte Vergütung nur gegen Leistung der versprochenen Dienste schulde, nicht unwidersprochen hinnehmen. Der Anspruch auf Leistung der Vergütung setzt durchaus nicht immer die vorgängige Leistung der Dienste voraus, es genügt vielmehr in gewissen Fällen zur

---

mar II, S. 281, Reinhardt, der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, S. 42. — Sigel, der gewerbliche Arbeitsvertrag nach B. G.-B., S. 55.

[4]) Wentrup, a. a. O., S. 4. Vergl. dort seine Ausführungen über den Streit in dieser Frage im gemeinen Recht.

[5]) Lotmar, a. a. O., S. 548.

Begründung des Anspruchs auf die Leistung der Vergütung, daß der Dienstverpflichtete die Leistung anbietet und zur Leistung der Dienste auch imstande ist. Wir müssen hier folgende Unterscheidung machen:

Nimmt der Dienstherr die Dienste des Schuldners an, so muß der Schuldner sie natürlich realiter leisten und kann erst dann die Vergütung in vollem Umfang beanspruchen. Macht aber der Dienstherr von dem Angebot der Dienste keinen Gebrauch, so hat der Dienstschuldner seine Leistungspflicht vollauf dadurch erfüllt, daß er sich zur Verfügung gestellt hat und kann, auch ohne vorherige Leistung der Dienste, die Gegenleistung verlangen.

Diesen Gedanken hat ja auch das Gesetz im § 615 B. G.-B. klar zum Ausdruck gebracht, indem es dort bestimmt, daß der Dienstherr beim Annahmeverzug die vereinbarte Vergütung fort zu entrichten hat. Da aber Annahmeverzug dann vorliegt, wenn der Dienstherr die Annahme der Dienste verweigert und naturgemäß infolge dieser Annahmeverweigerung der Dienstschuldner von einer Dienstleistung absehen wird, so ist aus § 615 B. G.-B. klar zu entnehmen, daß durchaus nicht immer die Voraussetzung des Anspruchs auf die Vergütung ist, daß die Dienste bereits realiter geleistet sind.

Die Angemessenheit unserer Ausführungen erkennen auch die Motive[6]) in folgenden Erwägungen an: „Für den Dienstvertrag kann das Prinzip, daß die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten erfüllt ist, wenn er zur Dienstleistung imstande ist und sich bereit erklärt hat, keineswegs als selbstverständlich erachtet werden, da einleuchtend die beiden angegebenen Erfordernisse nicht genügen, um die wirkliche (reelle) Dienstleistung annehmen zu können, und nach den allgemeinen Bestimmungen über den Annahmeverzug ein, wenngleich den Vorschriften des § 295 B. G.-B. entsprechendes Anbieten der Dienste nicht

[6]) Motive II. S. 461.

als Erfüllung wirkt. Indessen läßt sich die Angemessenheit jenes Prinzips, obwohl dasselbe von nicht zu unterschätzender Bedeutung und von tiefgreifender Wirkung ist, auch für den Dienstvertrag nicht bestreiten, namentlich auch insoweit nicht, als dasselbe über die Folgen des Annahmeverzugs hinaus den Dienstverpflichteten von der Verbindlichkeit der nachträglichen Leistung der Dienste befreit. In letzterer Beziehung darf insbesondere nicht unbeachtet bleiben, daß dem Dienstvertrag regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohnt. Dieser Gesichtspunkt in Verbindung mit den übrigen Eigentümlichkeiten des Dienstvertrags macht die Annahme des gedachten Prinzips im allgemeinen um so unbedenklicher, als dasselbe ganz besonders geeignet ist, für den Dienstvertrag in einer der wichtigsten Beziehungen einfaches und klares Recht zu gewinnen."

Ganz zutreffend weist Oertmann[7]) auf die große Härte hin, die das Gesetz begehen würde, wenn es das Prinzip der Vorleistungspflicht strikt durchgeführt hätte. „Mangels der Regel des § 615" so führt er aus, „würde der Dienstverpflichtete wegen seiner Vorleistungspflicht nur den Anspruch auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung erheben können. Das würde aber seinem Interesse in keiner Weise genügen, weil ihm die Notwendigkeit der Nachleistung der früher nicht angenommenen Dienste in der sonstigen Verwertung seiner Arbeitskraft hemmen würde, ohne daß er dafür in der Zeit des unnützen Wartens nach eingetretenem Annahmeverzug ein Aequivalent erlangt hätte."

Es dürfte aus den vorstehenden Ausführungen zweifelsfrei hervorgehen, daß die Ansicht Meyers, der Dienstherr schulde die Vergütung nur gegen vorherige Leistung der Dienste, haltlos ist. Damit entziehen wir der

---

[7]) Oertmann, a. a. O., zu § 615, vergl. ferner Reinhardt, a. a. O., S. 42.

Konstruktion für seine Auffassung, die ungerechtfertigte Kündigung durch den Dienstherrn bringe das Dienstverhältnis zum Erlöschen, eine wesentliche und notwendige Stütze, so daß wir auch die Richtigkeit der letzteren Ansicht nicht anerkennen können. —

Die Unrichtigkeit der Ansicht, die ungerechtfertigte Kündigung des Dienstvertrags durch den Dienstherrn nach § 626 B. G.-B. bringe den Dienstvertrag zum Erlöschen, dürften ferner folgende Erwägungen überzeugend dartun. Im § 626 B. G.-B. gibt das Gesetz den Parteien das Recht, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Dienstverhältnis ohne Frist zu kündigen. Rechtliche Wirksamkeit hat also die sofortige Kündigung nach § 626 B. G.-B. nur dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Nur in dem Fall bringt sie das Dienstverhältnis zum Erlöschen. Es wäre doch ganz unsinnig, dieselbe rechtliche Wirkung der Kündigung auch dann beilegen zu wollen, wenn sie ohne die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen, also ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, erfolgt. Man denke doch auch an die ungeheuren Konsequenzen, die sich aus dieser Auffassung ergeben würden. Dann hätte es doch der Dienstberechtigte jederzeit in der Hand, nach seinem Gutdünken das Dienstverhältnis durch seine Kündigung sofort zum Erlöschen zu bringen, und der § 626 B. G.-B., der ihm das Recht zur fristlosen Kündigung nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes einräumt, wäre völlig bedeutungslos.

Durchaus zutreffende Gründe weiß für die Richtigkeit unserer Ansicht noch Reinhardt[1]) anzuführen. „Die Rechtsordnung wird", so führt er aus, „von dem grundlegenden Satz beherrscht, daß niemand sich einseitig von den vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen lossagen kann, sofern nicht eine besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dazu besonders ermächtigt."

[1]) S. Reinhardt, a. a. O., S. 16.

Diesen Satz enthielt schon der erste Entwurf des B. G.-B. in seinem § 360: „Erfüllt der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeiten nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig vom Vertrag zurückzutreten, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist.“ Die selbstverständliche Konsequenz dieses Satzes ist, daß, wenn nicht einmal die Nichterfüllung des Vertrages durch den Gegenkontrahenten zum Rücktritt[9]) berechtigt, der einseitige Rücktritt erst recht dann ausgeschlossen ist, wenn der andere Teil zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bereit ist. Auch die Motive[10]) zum § 566 des ersten Entwurfs rechtfertigen durchaus unsere Ansicht; denn wenn sie sagen: „Für den Dienstvertrag sind besondere Vorschriften, welche in Abweichung von den für Verträge geltenden allgemeinen Grundsätzen beiden Teilen das Recht verleihen, noch vor Ablauf der Dienstzeit vom Vertrage „unter gewissen Voraussetzungen für die Zukunft sich loszusagen“, so geben sie damit klar zum Ausdruck, daß eine Lossagung vom Dienstvertrag schlechthin nicht statthaft sei. Der einseitige Rücktritt wird also, so führt Reinhard weiter aus, von der Rechtsordnung nur dann respektiert (mit der Wirkung, daß der Vertrag für die Zukunft als erloschen gilt und kein Vertragsteil für die Zukunft Erfüllung fordern kann), wenn er vertragsmäßig vorbehalten oder durch gesetzliche Bestimmung gestattet ist. Soweit nicht Verabredung oder Gesetz es zuläßt, bleibt es

---

[9]) Recht bedenklich ist es, daß Reinhardt immer von Rücktritt im Sinne von sofortiger Kündigung spricht. Rücktritt und Kündigung sind ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach zwei grundverschiedene Rechtsinstitute, denn der Rücktritt macht den ganzen Vertrag wieder rückgängig und bewirkt, daß jeder Teil wieder zurückerstattet, was er auf Grund des Vertrages empfangen hat, während bei der sofortigen Kündigung an den bisherigen Leistungen nichts geändert wird, sondern nur alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrage für die Zukunft aufgehoben werden.

[10]) Motive II, S. 468.

bei dem Vertrage. Insbesondere bleiben die Vertragspflichten der zurücktretenden für die Zeit bis zur gesetzmäßigen Aufhebung desselben unberührt.“ Alle diese Erwägungen dürften wohl überzeugend dartun, daß die Ansicht, die ungerechtfertigte Kündigung nach § 626 B. G.-B. durch den Dienstherrn bringe den Dienstvertrag zum Erlöschen, haltlos ist. Es hat sich daher auch die große Mehrheit [11]) der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen. Und zwar erscheint den meisten die Richtigkeit der herrschenden Meinung so einleuchtend, daß sie verzichten, eine nähere Begründung anzuführen. So führt Staudinger nur ganz kurz aus: „Die auf Grund des § 626 erfolgende Kündigung ist, je nachdem wirklich ein sachgemäßer Kündigungsgrund nach § 626 B. G.-B. im Zeitpunkt der Wirksamkeit vorliegt, objektiv entweder begründet oder unbegründet. Nur wenn erstere Voraussetzung erfüllt ist, tritt als Wirkung die Aufhebung der Schuldverhältnisse, und zwar für die Zukunft ein.“

Ebenso sagt Lotmar [12]), daß, wenn unbefristete Kündigung im gegebenen Falle unstatthaft ist, die Entlassung nicht die sofortige Endigung des Arbeitsverhältnisses bewirkt. Auch Oertmann und Planck billigen, ebenfalls nur mit kurzer Begründung, diese Ansicht.

Haben wir eben eingehend dargelegt, daß die ungerechtfertigte sofortige Kündigung als solche nicht die Auflösung des Dienstvertrages bewirken kann, so kann sie unter gewissen Umständen dennoch das Ver-

[11]) Lotmar I, S. 569/70, II, S. 251/52. — Planck, zu § 626. — Staudinger, zu § 626. — Neumann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 469. — Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 626. — Cosack, Handelsrecht, S. 90. — Goldmann, Kommentar I, S. 340. — Lehmann, Handelsrecht, S. 209. — Düringer u. Hachenburg, das Handelsgesetzbuch, S. 393. — Sigel, der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 72. — Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 7, S. 472.

[12]) Lotmar I, S. 569, II, S. 251.

tragsverhältnis, sei es sofort, sei es später, zur Auflösung bringen. Ganz unbedenklich dürfen wir der als sofortigen Kündigung ungültigen Willensäußerung die Bedeutung einer Kündigung zum nächsten zulässigen Termin beilegen. Denn wenn dem Kündigenden schon so wenig an der Leistung der Dienste liegt, daß er auf sie sofort verzichten will, so gibt er damit unzweideutig zum Ausdruck, daß er den Vertrag sobald wie möglich auflösen möchte, und es liegt in seinem Willen, daß er, falls die Beendigung nicht sofort eintreten kann, zum frühesten zulässigen Termine aus dem Vertrag scheiden will. Diese Wirkung tritt ohne weiteres auch dann ein, wenn der Kündigende nicht ausdrücklich zu verstehen gegeben hat, daß seine fristlose Kündigung, falls sie als solche unwirksam sein sollte, als befristete zu gelten habe, sofern nicht aus der Lage des einzelnen Falles mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, daß der Kündigende eine solche Absicht nicht gehabt hat. Ganz glücklich bezeichnet Lotmar [13]) die Umdeutung, die wir der als fristlosen Kündigung unwirksamen Willensäußerung geben, als Korrektur einer fehlerhaften Kündigung. Auch er läßt die Zulässigkeit einer solchen Korrektur durchaus gelten.

„Der Kündigende hat", so führt er aus, „durch die Kündigung den Willen an den Tag gelegt, daß Arbeitsverhältnis jetzt oder in einem gewissen späteren Zeitpunkt aufzuheben, und diesem Willen kann nicht stattgegeben werden, weil (wie wir voraussetzen) beide Zeitpunkte zu nahe liegen. Aber es ist zulässig, dem Aufhebungswillen für den frühestmöglichsten Zeitpunkt stattzugeben, und das ist in dem oft vorkommenden Falle geboten, wo der Kündigende bei Kenntnis der Ungültigkeit doch die frühestmögliche Endigung des Verhältnisses gewollt haben würde, oder gar eventuell gewollt zu haben erklärt. Hierdurch wird die ungültige Kündigung in eine gehörige befristete

[13]) Lotmar I, S. 569.

konvertiert [14]). Diese Konversion oder Korrektur hat zur Folge, daß selbst bei faktischer Fortsetzung des Verhältnisses eine gültige Kündigung nicht mehr zu ergehen braucht, und daß das Verhältnis ohnedies in dem frühestmöglichen Zeitpunkt zu Ende geht."

Die gleiche Wirkung wollen der ungerechtfertigten fristlose Kündigung Thiele [15]) und Reinhardt [16]) beilegen.

Noch eine andere Bedeutung können wir der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, die als solche ungültig ist, beilegen. In der Kündigung können wir mitunter gleichzeitig einen Antrag auf Auflösung des Vertrages erblicken. Da nun § 140 B. G.-B. bestimmt: „entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Sachlage gewollt sein würde", so kann einer Kündigung, die als solche ungültig ist, sehr wohl die Bedeutung einer Offerte zur Auflösung des Dienstvertrags beigelegt werden, nämlich dann, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien die Geltung der nichtigen Kündigung als Antrag zur Auflösung des Vertrages gewollt haben. Ein solcher Wille wird wohl häufig den Parteien unterzulegen sein. Auch diese Ansicht findet die Zustimmung Lotmars [17]), der sie folgender-

[14]) Lotmars Ausdruck Konversion möchte ich hier für wenig glücklich gewählt halten. Denn von Konversion spricht der § 140 B. G.-B. dann, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Der Wortlaut des Gesetzes gibt hiermit klar zum Ausdruck, daß es sich um zwei verschieden geartete Rechtsgeschäfte handeln muß. Dem ist in unserem Fall aber nicht so. Hier handelt es sich vielmehr um ein gleichartiges Rechtsgeschäft, das nur, wie Lotmar viel zutreffender sagt, durch Korrektur eine andere Wirkung erhalten hat.

[15]) Thiele, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 89, S. 162, 163;

[16]) Reinhardt, a. a. O., S. 47.

[17]) Lotmar I, S. 568.

maßen begründet: „Wenn die als Kündigung ungültige Erklärung den Erfordernissen eines Antrags zur Vereinbarung einer Endbestimmung entspricht — was leicht der Fall sein kann, da dessen Erfordernisse viel geringer sind, als die der Kündigung —, so gilt sie als solche Offerte, wo sie den Intentionen des Kündigenden gemäß ist, was oftmals zusammentrifft. (Denn dem Kündigenden wird es oft einerlei sein, ob die von ihm beabsichtigte Endigung des Arbeitsverhältnisses durch seine einseitige Verfügung oder durch seinen Vorschlag und dessen Annahme zustande kommt.) Wird die als Kündigung nichtige, als Vertragsantrag gültige Willenserklärung vom Gegner angenommen, so kommt es zu einer vertraglichen Endbestimmung [18]). Von Annahme durch den Gegner kann aber nur dann die Rede sein, wenn er die Willenserklärung als Vertragsantrag auffaßt, somit ihre Ungültigkeit als Kündigung erkennt. Außer dieser Erkenntnis bedarf es seines Annahmewillens, d. h. des Einverständnisses mit der proponierten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, und dieses Einverständnis muß kundgegeben werden. Daß die ungültige Kündigung schweigend hingenommen und tatsächlich befolgt wird, weil die faktische Aufrechterhaltung des Verhältnisses als unausführbar erscheint oder eine gerichtliche Reaktion gegen das Verhalten des Kündigenden beabsichtigt wird, ist keineswegs Erklärung des Annahmewillens."

In ähnlichen Ausführungen spricht sich Thiele [19]) für eine Konversion einer Kündigung, die als solche unwirksam ist, in einen Antrag auf Auflösung des Vertrags unter gewissen Voraussetzungen aus.

Es kann also eine Willensäußerung, obwohl sie als Kündigung unwirksam ist, sehr wohl das Vertragsverhältnis zur Auflösung bringen, nämlich dann, wenn sie vom

---

[18]) Ein solcher Fall in Seufferts Archiv, Bd. 55, No. 148.

[19]) Thiele, a. a. O., S. 143/144; der gleichen Ansicht Staudinger u. Neumann, a. a. O., zu § 626 B. G.-B.

Gegner als ungültige Kündigung erkannt und als Antrag zur Auflösung des Vertrages ausdrücklich angenommen ist. Mit Recht betont Lotmar, daß das bloße passive Verhalten des Gegners keine rechtswirksame Annahme bedeute. Denn daß es grundlätzlich einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedarf, geht deutlich daraus hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 151 und das Handelsgesetzbuch im § 362 die Rechtsgültigkeit einer stillschweigenden Annahme als Ausnahme besonders geregelt hat.

Wenn nun auch, wie wir soeben eingehend dargelegt haben, die ungerechtfertigte Kündigung nach § 626 B. G.-B. nicht die beabsichtigte Wirkung, nämlich die Aufhebung des Dienstvertrages, hat, so können wir ihr doch nicht überhaupt jede rechtliche Wirksamkeit absprechen. Es wird doch stets aus der fristlosen Kündigung eine Weigerung des Dienstherrn zu entnehmen sein, die Dienste des Schuldners weiterhin anzunehmen. Diese Annahmeverweigerung bewirkt den Annahmeverzug des Dienstherrn. Es müßte demnach § 615 B. G.-B. Anwendung finden:

„Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein."

Jedoch in welchem Moment gerät der Dienstherr in Annahmeverzug? Bereits mit der Entlassung oder erst dann, wenn ihm der Dienstschuldner seine Dienste nochmals angeboten hat? Diese Frage ist in der Literatur sehr bestritten. Das Bürgerliche Gesetzbuch erfordert im § 294 als grundsätzliche Voraussetzung des Annahmeverzugs, daß die Leistung vom Schuldner so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird. Ein solches Realangebot ist nicht nur bei Sachleistungen, sondern auch bei Dienstleistungen erforderlich. Von diesem Erfordernis des Annahme-

verzugs sieht aber das Gesetz im § 295 B. G.-B. dann ab, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. In diesem Falle bedarf es nach § 295 B. G.-B. nur eines wörtlichen Angebots. Aus der sofortigen Entlassungserklärung ist unstreitig eine Weigerung des Dienstherrn zu entnehmen, die Dienste weiterhin anzunehmen. Ein tatsächliches Angebot der Dienste wäre also hier nicht mehr erforderlich, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen. Jedoch müßten wir, wenn wir uns streng an die Vorschriften des Gesetzes halten wollten, als Voraussetzung für den Annahmeverzug des Dienstherrn bei ungerechtfertigter Entlassung des Dienstverpflichteten ein ausdrückliches wörtliches Angebot der Dienste seitens des Schuldners verlangen. Es ist daher ganz konsequent, daß Goldmann[20]) und ebenso das Kammergericht[21]) in einer Entscheidung ein wörtliches Angebot der Dienste von seiten des Dienstschuldners für erforderlich halten.

„Der die Kündigung für ungerechtfertigt haltende Handlungsgehilfe", so führt Goldmann aus, „setzt den Prinzipal gemäß § 295 B. G.-B. durch wörtliches Angebot seiner Dienste, also durch seine Bereiterklärung zur Bewirkung derselben in Verzug und kann sodann gemäß § 615 Satz 1 B. G.-B. für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen."

---

[20]) Goldmann, Kommentar zum H.-G.-B., S. 340. Goldmann spricht zwar hier nur von dem kaufmännischen Dienstverhältnis zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal; für die vorliegende Frage ist es aber, wie überhaupt für die meisten Fragen unseres Themas, völlig gleichgültig, ob es sich um ein Dienstverhältnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, nach dem Handelsgesetzbuch oder nach der Gewerbe-Ordnung handelt, da naturgemäß über die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen der grundlegenden Rechtsinstitute, wie des Verzugs, der Kündigung, Unmöglichkeit der Leistung etc. gleiches Recht für alle eben erwähnten Dienstverträge gilt.

[21]) Rspr. d. O.-L.-G., Bd. 7, S. 472.

Noch bestimmter gibt demselben Gedanken das Kammergericht in seiner bei Mugdan & Falkmann angeführten Entscheidung Ausdruck:

„Der Verpflichtete behält seinen Anspruch auf die Vergütung, selbst ohne Verpflichtung zur Nachleistung, sofern der Berechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug gekommen ist (§ 615 B. G.-B.). Dazu gehört aber das Angebot der Leistung; selbst in dem Falle, daß der Berechtigte durch die Kündigung unzweideutig erklärt hat, daß er die Dienste nicht annehmen werde, bedarf es eines wörtlichen Angebots (§ 295 B. G.-B.)."

Wenn es nun auch korrekter und dem Willen des Gesetzes entsprechend ist, für den Annahmeverzug bei ungerechtfertigter Entlasung noch ein wörtliches Angebot der Dienste zu verlangen, so dürfte es doch unbillig sein, als notwendige Grundlage des Annahmeverzugs ein solches wörtliches Angebot zu fordern. Es ist doch unzweifelhaft in der Entlassung die Erklärung des Gläubigers enthalten, daß er auf ein Angebot der Dienste verzichte. Der Dienstherr würde ja geradezu arglistig handeln, wenn er sich darauf berufen wollte, daß der andere ihm seine Dienste nicht nochmals angeboten habe. Diese und ähnliche Erwägungen haben denn auch in der Literatur die Mehrzahl dahin geführt, ein solches ausdrückliches Angebot der Dienste seitens des entlassenen Dienstschuldners nicht für nötig zu halten, sondern die Voraussetzung des Annahmeverzugs des Dienstherrn bereits mit der Entlassungserklärung des Dienstherrn für gegeben zu erachten. Durchaus zutreffend sind die Erwägungen, mit denen Fieberg[22]) diese Ansicht zu stützen versucht.

„Die Weigerung, die Dienste fernerhin anzunehmen", so führt er aus, „begründet den Annahmeverzug im Sinne des § 293 B. G.-B. Zwar kommt der Gläubiger nur dann in Verzug, wenn ihm die Leistung tatsächlich angeboten

---

[22]) Fieberg, Deutsche Juristenzeitung, 1904, S. 484.

wird, und zerfällt die dem Angestellten obliegende Leistung, weil das Dienstverhältnis dauernden Charakter hat, in ebensoviel Teile, als er Dienste zu leisten verpflichtet ist, kann also von einem Verzug des Dienstherrn in der Annahme der nach der Entlassung zu leistenden Dienste nur insofern gesprochen werden, als die Dienste als tatsächlich angeboten anzusehen sind. Betätigt aber der Angestellte noch zur Zeit der Entlassung seine Bereitwilligkeit zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung durch vertragsmäßige Tätigkeit und hält er sich auch nach der Entlassung nur tatsächlich zur Verfügung des Dienstherrn, so bringt er dadurch in hinreichendem Maße den Willen, seine Arbeitskraft fortgesetzt dem Dienstherrn zu widmen, zum Ausdruck, setzt ihn auch, soweit und solange er es vermag, in die Tat um, und wird allein durch das Eingreifen des Dienstherrn gehindert, in der Weise sich weiter zu betätigen, wie das Dienstverhältnis es erheischt. Er gibt schon durch die Fortsetzung seines vertragsmäßigen Verhaltens bis zur Entlassung durch seine schlüssige Handlung dem Dienstherrn zu erkennen, daß er ihm auch für die Zukunft zur Verfügung stehe, und betätigt diesen Willen dadurch, daß er sich wirklich zur Verfügung hält. Es bedarf daher des von Staub geforderten wirklichen Angebots nicht. Der Dienstherr setzt sich vielmehr schon mit der Entlassung selbst in Verzug."

Auch Staub hat sich davon überzeugen lassen, daß die von Fieberg vertretene Ansicht seiner, in der 6. und 7. Auflage seines Kommentars zum H. G.-B. vertretenen Ansicht, es bedürfe noch eines besonderen wörtlichen Angebots, um den Dienstherrn in Verzug zu setzen, vorzuziehen sei; denn er ist von seiner in der 6. und 7. Auflage vertretenen Ansicht in der 8. Auflage abgewichen. Auch er steht jetzt auf dem Standpunkt[23]), daß der Dienstschuldner dem Dienstherrn nicht auch (noch wörtlich) seine

[23]) Staub, Kommentar, S. 318.

Dienste anzubieten brauche, wenn er seine Ansprüche geltend machen wolle. Denn es läge bereits ein reales Angebot der Dienste vor. Der Handlungsgehilfe habe durch den Antritt seiner Tätigkeit die Leistung gemäß dem gesamten Schuldverhältnisse, also die Dienste für die gesamte Anstellungszeit angeboten.

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht will Römer[24]) schließlich auch noch den § 615 B. G.-B. in Verbindung mit § 293 B. G.-B. heranziehen. Er führt aus:

„Nach § 615 ist unerläßlich, daß der Prinzipal im Annahmeverzug sich befindet, wenn der Gehilfe ohne seinerseits Dienste zu leisten, von jenem die Leistung verlangen will. Zu diesem Ergebnis führt aber schon die Auffassung, daß der Gehilfe dem Prinzipal die diesem geschuldete Leistung durch seine Dienste bis zur Entlassung fortwährend anbietet, und daß der Prinzipal durch die in der Entlassung gelegene Nichtannahme dieser Dienste gemäß § 293 B. G.-B. in Verzug kommt. Es ist hierbei darauf hinzuweisen, daß es sich hier um ein auf Dauer berechnetes Schuldverhältnis handelt, welches seine Wirkungen bereits geäußert hat, im Gegensatz zu einem solchen, welches seine Wirkungen erst äußern soll.

Man kann gegen diese Ansicht nicht einwenden, daß nach ihr, da zum Verzug des Gläubigers ein Verschulden nicht verlangt werde, der Prinzipal auch bei gerechtfertigter Entlassung des Gehilfen in Verzug komme; denn durch die gerechtfertigte Entlassung wird das Dienstverhältnis sofort aufgelöst, ein Verzug des Prinzipals kommt hierbei nicht mehr in Frage.

Nur in den seltenen Fällen einer Kündigung schon vor dem Eintritt des Gehilfen wird allerdings ein Inverzugsetzen des Prinzipals durch wörtliches Angebot der Dienste erforderlich sein."

Wenn Römer hier eine Ausnahme machen will für den Fall, daß der Dienstschuldner vor Antritt des Dienstes

[24]) Römer, Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 340.

gekündigt wird, so ist dies durchaus zu billigen. In diesem Falle hat ja der Dienstschuldner noch gar nicht durch den Antritt seiner Dienste seine Leistung für das gesamte Schuldverhältnis anbieten können. Hier muß also der Dienstschuldner dem Dienstherrn mindestens wörtlich seine Dienste zur vertragsmäßigen Zeit anbieten, um den Dienstberechtigten in Annahmeverzug zu setzen.

Als Ergebnis unserer Ausführungen erhalten wir demnach, daß grundsätzlich der Dienstherr bereits durch die ungerechtfertigte Entlassungserklärung in den Annahmeverzug gerät. Folglich kann der Dienstschuldner, ohne noch seine Dienste wörtlich anbieten zu müssen, nach § 615 B. G.-B. „für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein." Wie aus dem Wortlaut des Gesetzes klar hervorgeht, ist dieser Anspruch unmittelbar auf Leistung der vertragsmäßigen Vergütung gerichtet, nicht ist er, wie früher im Preußischen Recht, ein Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Vertragsaufhebung [25]).

Jedoch nicht allseitig wird unsere Ansicht, die ungerechtfertigte Entlassung bewirke den Annahmeverzug des Dienstherrn, vertreten. Einige legen vielmehr der ungerechtfertigten Kündigung eine viel weitergehende Wirkung bei. Nach ihrer Ansicht bewirkt die Entlassung nicht den Annahmeverzug des Dienstherrn, sondern die Unmöglichkeit der Leistung der Dienste; es hätten daher nicht § 615 B. G.-B., sondern die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen, die §§ 324 ff.

---

[25]) Vergl. zu diesem Punkte die ausführlichen Darstellungen Reinhardts, a. a. O., S. 42 ff. Die Streitfrage, ob sich der Anspruch des Schuldners bei Annahmeverzug des Dienstherrn als ein Schadenersatzanspruch oder als ein Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung darstellt, scheint mir durch den Wortlaut des § 615 B. G.-B. durchaus zweifelsfrei im Sinne meiner obigen Ansicht entschieden zu sein.

B. G.-B. Anwendung zu finden. Ihren Hauptvertreter findet diese Ansicht in Fieberg[26]), der sie folgendermaßen begründet:

„In der Entlassungserklärung wird in der Regel der an den Angestellten gerichtete Befehl zu erblicken sein, die Fortsetzung der Dienste zu unterlassen, die Einrichtung etc. nicht mehr zu benutzen. Soweit diese Weisung als in der Entlassungserklärung enthalten anzusehen ist, macht sie dem Angestellten die Fortsetzung der Dienste unmöglich; er wird also von der Leistung der Dienste frei (§ 275 B. G.-B.) und behält den Anspruch auf die Vergütung, weil der die Unmöglichkeit der Leistung bewirkende Umstand, nämlich die Entlassung, von dem Dienstherrn vertreten werden muß (§ 324 B. G.-B.). Allerdings kann diese Unmöglichkeit, wie sie durch eine Erklärung des Dienstherrn begründet ist, durch eine entgegengesetzte Erklärung, daß er zur Annahme der Dienste bereit sei und den Wiedereintritt des Angestellten verlange, auch wieder aufgehoben werden. Geschieht dies, so lebt die Verpflichtung des Angestellten zur Leistung der Dienste wieder auf, da er nur insoweit von der Leistung derselben befreit wird, als sie ihm unmöglich ist."

Auf dem gleichen Standpunkt, daß die Entlassung Unmöglichkeit der Leistung bewirke, stehen in der Literatur außerdem noch Staub[27]), David[28]) und in der Judikatur des Oberlandesgerichts Marienwerder[29]). Das Oberlandesgericht Marienwerder will bei ungerechtfertigter Entlassung ebenfalls nicht die Vorschriften der §§ 295 und 615 B. G.-B., sondern die Vorschriften des § 324 B. G.-B. maßgebend sein lassen. Denn es handle sich um einen gegenseitigem Vertrag, und der Dienstherr habe dem Dienstschuldner durch die von ihm verschuldete Ent-

---

[26]) Fieberg, a. a. O., S. 486.
[27]) Staub, Kommentar, S. 318.
[28]) David, Recht. 1902, S. 146 ff.
[29]) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 5. S. 32.

lassung die Fortsetzung der Dienste unmöglich gemacht. Der Dienstschuldner behalte somit gemäß § 324 B. G.-B. den Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung.

Bevor wir zu einer Kritik dieser Ansicht übergehen, wollen wir uns den prinzipiellen Satz als unumstößlich vor Augen führen, daß von einer wahlweisen Anwendung des § 615 B. G.-B. oder des § 324 B. G.-B. keine Rede sein kann. Denn Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung sind zwei grundverschiedene Begriffe. Sie bilden einen unvereinbaren Gegensatz, so daß ein und derselbe Tatbestand nicht zugleich Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung nach sich ziehen kann. Es können also nur entweder die Vorschriften über Annahmeverzug, die §§ 615 resp. 295 B. G.-B., oder die über Unmöglichkeit der Leistung, die §§ 324 ff. B. G.-B., Anwendung finden. Wir müssen uns für eine Alternative entscheiden. Hier dürfte es nun weit richtiger sein, der ersterwähnten Ansicht, die ungerechtfertigte Kündigung bewirke den Annahmeverzug nach § 615 B. G.-B., den Vorzug zu geben. Wie F i e b e r g in seinen Ausführungen selbst hervorhebt, kann die Unmöglichkeit, wie sie durch die Erklärung des Dienstherrn begründet ist, durch eine entgegengesetzte Erklärung, daß er zur Annahme der Dienste bereit sei, und den Wiedereintritt des Angestellten verlange, jederzeit wieder behoben werden. F i e b e r g muß hier also selbst zugeben, daß die Unmöglichkeit keine dauernde ist, sondern daß sie stets durch eine doch jederzeit mögliche Sinnesänderung des Dienstherrn wieder behoben werden kann. Es dürfte daher zu weit gehen, den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß schon die Entlassung dem Dienstschuldner die Arbeit unmöglich mache.

Auf diesem Standpunkt steht auch L o t m a r[30]). In durchaus zutreffenden Ausführungen weiß er die Unrichtigkeit dieser Ansicht darzulegen.

[30]) L o t m a r II, S. 252, 253.

„Daß der Arbeitgeber", so sagt er, „sich dem Versuche, die Arbeit zu leisten, hindernd entgegensetzen werde, mag wahrscheinlich sein, aber diese Wahrscheinlichkeit ist rechtlich keine Unmöglichkeit der Leistung und keine Verhinderung des Arbeitnehmers. Wenn sich durch die Entlassung an den äußeren Faktoren der Arbeit nichts ändert, Betriebskollegen weiter arbeiten etc. etc., so bestätigt alles dies, daß trotz der Willenserklärung des Arbeitgebers die Leistung der Arbeit möglich geblieben ist, und wo der Arbeitgeber nach der Entlassung und gerade ihretwegen die äußeren Faktoren der Arbeit beseitigt, sind es erst solche reale Maßnahmen und nicht seine Willenserklärung, was die Leistung der Arbeit unmöglich macht. Seine Willenserklärung vernichtet nur die Vollmacht des Arbeitnehmers und benimmt damit, falls dieser die Arbeit, statt sie zu unterlassen, ohne neue Erlaubnis leistet, den dazu gehörigen Eingriffen in die Rechtsfähre des Arbeitgebers die Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit. Es ist danach der unrechtmäßig Entlassene nicht mehr befugt, des Arbeitgebers Werkstätte zu betreten etc. etc. Hingegen zu sagen, daß er die Arbeit z. B. des Spinnens, Färbens etc. etc., in der bisherigen Weise nicht leisten könne oder zu leisten persönlich verhindert sei, wäre falsch, und selbst von rechtlicher Unmöglichkeit[31]) darf nicht die Rede sein."

Ebenso verwirft das Kammergericht in einer bereits oben zitierten Entscheidung[32]) die Ansicht, der Dienstschuldner könne sich mit seinem Anspruch auf § 324 B. G.-B. stützen; als Begründung führt es nur kurz an, daß die Kündigung an sich dem Dienstschuldner nicht unmöglich mache, die Dienste zu leisten.

---

[31]) Von solcher wird nach Kisch, Unmöglichkeit der Leistung, S. 8, dann gesprochen, „wenn eine Leistung, die tatsächlich bewirkt werden kann, durch einen Akt der Rechtsprechung, Gesetzgebung oder Verwaltung verboten wird" — wovon hier aber nichts vorliegt.

[32]) Rechtsprechung der O.-L.-G., Bd. 17, S. 472.

Etwas sehr spitzfindig suchen Horrwitz[33]) und das Kammergericht in einer Entscheidung[34]) beide eben dargelegten Ansichten zu verwerten. Sie unterscheiden zwischen einem bereits angetretenen Dienstverhältnis und einem noch nicht angetretenen Dienstverhältnis. Hat der Schuldner die Dienste noch nicht begonnen, so soll § 615 B. G.-B. Anwendung finden, hat er sie bereits begonnen, so käme § 324 B. G.-B. in Betracht. Das Gesetz rechtfertigt aber in keiner Weise eine solche Unterscheidung. Es läßt sich auch sonst kein stichhaltiger Grund dafür anführen, die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Kündigung verschieden zu bewerten, je nachdem das Dienstverhältnis bereits angetreten ist oder nicht.

Es kann also auch diese Mittelansicht unseren Beifall nicht finden. Wir müssen vielmehr daran festhalten, daß in jedem Falle, ob nun das Dienstverhältnis bereits begonnen hat oder nicht, die ungerechtfertigte Kündigung grundsätzlich den Annahmeverzug bewirkt und daß der Dienstschuldner nach § 615 B. G.-B. seinen Anspruch geltend machen muß. Es soll nun damit durchaus nicht etwa gesagt sein, daß im Falle der Entlassung niemals die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung Anwendung finden können. Es kann sehr wohl durch weitere Handlungen entweder des Dienstherrn oder des Dienstschuldners — ein solcher Fall wird unten noch eingehend dargestellt werden — die Leistung der Dienste unmöglich gemacht werden, so daß dann nicht § 615 B. G.-B., sondern §§ 324 ff. B. G.-B. Anwendung finden müssen; aber daran muß festgehalten werden, daß die Entlassung an sich nicht schon Unmöglichkeit der Leistung bewirkt.

Am Schluß meiner Ausführungen über die unmittelbaren rechtlichen Folgen der ungerechtfertigten Kündigung sei noch eine von Staub und Fieberg erwähnte An-

[33]) Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, S. 130.

[34]) Rechtsprechung der O.-L.-G., Bd. 17, S. 403.

sicht dargelegt, die ebenfalls als Rechtsfolge der Entlassung anzusehen wäre und, falls wir ihre Richtigkeit anerkennen würden, von weittragender praktischer Bedeutung wäre.

Wie Staub in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch[35]) ausführt, kann in der Entlassung zugleich eine Erfüllungsverweigerung von seiten des Prinzipals gefunden werden. Diese hat die gleichen rechtlichen Wirkungen, wie wenn dem Prinzipal eine Frist mit der im § 326 B. G.-B.[36]) vorgesehenen Erklärung gesetzt wäre[37]). Der Gehilfe kann also dem Prinzipal sofort erklären, daß er eine nachträgliche Vertragserfüllung ablehne und Schadenersatz verlange oder vom Vertrage zurücktrete. Eine ausführlichere Begründung der gleichen Ansicht gibt Fieberg[38]) in seinem bereits mehrfach zitierten Aufsatz. Er führt aus, der Dienstherr gäbe durch die Entlassung die Erklärung ab, daß er das Dienstverhältnis fortan für erloschen, mithin auch sich selbst durch dasselbe nicht mehr für gebunden erachte und daß er die Erfüllung der ihm aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen verweigern werde. Da nun aber die ausdrückliche Erfüllungsverweigerung des Schuldners dieselben Wirkungen habe, wie wenn ihm gemäß § 326 B. G.-B. eine Nachfrist mit der Erklärung, daß die Annahme der Leistung mit dem Ablauf der Frist abgelehnt werde, gesetzt worden wäre, so gebe die Ent-

---

[35]) Staub, Kommentar, S. 321.

[36]) § 326 B. G.-B.: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadenerstaz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen."

[37]) Vergl. R.-G.-E., Bd. 51, S. 347.

[38]) Fieberg, a. a. O., S. 484.

lassung dem Angestellten das Recht, ohne Setzung einer Nachfrist dem Dienstherrn zu erklären, daß er eine nachträgliche Vertragserfüllung ablehne, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Diese Ausführungen finden die Unterstützung des Reichsgerichts in ständiger Judikatur[39]) in dem Punkte, daß es eine Fristsetzung dann nicht erforderlich hält, wenn der Schuldner bestimmt und endgültig die Erfüllung verweigert und durch sein Verhalten dargetan hat, daß er auf die Fristbestimmung keinen Wert legt. Aber ist denn wirklich in der Entlassungserklärung eine bestimmte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu erblicken? Meines Erachtens keineswegs. Der Dienstherr braucht doch durchaus nicht immer durch die Entlassung ausdrücken zu wollen, daß er seinerseits die Erfüllung verweigere, d. h. also die Vergütung nicht zahlen wolle. Wie häufig mag es gerade vorkommen, daß der Dienstherr in erster Linie aus bestimmten Rücksichten durch die Entlassung des Schuldners ein weiteres Zusammenarbeiten mit dem Schuldner vermeiden will, sei es, weil er eine ungünstige Einwirkung des Entlassenen auf seine anderen Angestellten befürchtet, sei es, weil er dem Entlassenen möglichst wenig Einblick in seinen Arbeitsbetrieb nehmen lassen will oder andere Gründe mehr, und daß er jedoch ohne weiteres bereit ist, trotz der Entlassung die Vergütung weiter zu entrichten.

Auch das Reichsgericht hebt in einer Entscheidung[40]) noch ganz besonders hervor, daß bei der Beurteilung der Frage, ob eine solche Erfüllungsverweigerung vorliege,

[39]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 51, S. 349; Bd. 52, S. 152; Bd. 53, S. 13, S. 166; Bd. 56, S. 233; Bd. 57, S. 113; Bd. 61, S. 89; Bd. 66, S. 421, S. 431; Bd. 67, S. 317. — Juristische Wochenschrift 03, 139; 05, 17; 07, 830; 08, 5, 194.

[40]) R.-G.-E., Bd. 66, S. 421.

welche den Eintritt der Folgen des § 326 B. G.-B. ohne Setzung einer Nachfrist rechtfertige, ein strenger Maßstab anzulegen ist; daß nicht schon die einfache Ablehnung hierzu genügt, vielmehr eine Erfüllungsverweigerung nur dann angenommen werden darf, wenn gewichtige tatsächliche Momente vorliegen, welche es als nach der Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der im Verzug befindliche Vertragsteil, wenn er durch Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt wird, ob er die Folgen des § 326 Absatz 1 B. G.-B. auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll, sich zu der letzteren Alternative bekennen werde.

Daß auch die weitere Begründung Staubs die Erfüllungsverweigerung rechtfertige, die Annahme eines Verzichts auf das Erfordernis der Fristbestimmung, nicht zutreffend ist, weisen meines Erachtens überzeugend Düringer & Hachenburg in ihrem „Handelsgesetzbuch" nach [41]). Nicht jede Erfüllungsverweigerung rechtfertigt nach ihrer Meinung die Annahme eines Verzichts auf das Erfordernis der Fristbestimmung (R.-G.-E. Bd. 66, S. 421). Gerade bei der vorzeitigen Entlassung aus einem Dienstverhältnis würden die Verhältnisse vielfach so liegen, daß nicht von vornherein angenommen werden könne, der Dienstherr werde, wenn ihm durch Setzung der Nachfrist die Folgen seines Handelns vor Augen gestellt werden, sich nicht eines anderen besinnen. Jedenfalls aber setzt die Anwendung des § 326 B. G.-B. Erfüllungsverzug voraus. Den Erklärungen des entlassenen Dienstverpflichteten, daß er vom Vertrage zurücktrete oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehre, könnte daher höchstens eine Bedeutung für den Fall zukommen, daß der Dienstherr auch noch am Fälligkeitstag der Gehaltszahlung auf seinem Standpunkt beharrt und die Zahlung nicht leistet (vgl. R.-G.-E. Bd. 52, S. 152).

---

[41]) Düringer u. Hachenburg, a. a. O., S. 393.

Bedenken verschiedenster Art sprechen demnach gegen die Richtigkeit der Ansicht, daß in der Entlassung des Dienstangestellten durch den Dienstherrn eine Erfüllungsverweigerung von seiten des Dienstherrn gefunden werden könne, die die gleiche Wirkung habe, wie wenn dem Dienstherrn eine Frist mit der im § 326 B. G.-B. vorgesehenen Erklärung gesetzt werde.

Teil II.

Die Rechtslage beim Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach ungerechtfertigter Entlassung.

In der Praxis wird es häufig vorkommen, daß der Dienstschuldner aus der (ungerechtfertigten) Kündigung entnehmend, der Dienstherr wolle mit ihm nichts mehr zu tun haben, anderweitige Dienste aufsucht. Eine von der Literatur nicht mit der Sorgfalt, die ihr bei der eminent praktischen Bedeutung zukäme, behandelte Frage ist es, welche Rechtswirkungen das Aufsuchen anderweitiger Dienste hat. Wollen wir sie beantworten, so müssen wir natürlich zunächst darauf zurückgehen, welche Rechtswirkungen die ungerechtfertigte Entlassung auf das Bestehen des Vertrages hat. Wie wir bereits oben eingehend dargelegt haben, bringt die ungerechtfertigte Kündigung den Dienstvertrag nicht zum Erlöschen. Es bleiben also die Vertragspflichten sowohl des Dienstherrn, wie des Dienstschuldners, noch vollauf bestehen. Der Dienstschuldner ist demnach noch zur Dienstleistung verpflichtet und muß sich jedenfalls, wenn der Dienstherr die Annahme der Dienste verweigert, zur Verfügung des Dienstherrn halten. Er dürfte demgemäß auch keine anderweitigen Dienste aufsuchen, da er ja noch an den Vertrag gebunden ist, und die ungerechtfertigte Entlassung, wie oben ausführlich dargetan, ihn nicht von seiner weiteren Vertragspflicht befreit hat. Andererseits ist nicht zu leugnen, daß es eine

große Härte wäre, wenn wir dem Dienstschuldner nicht gestatten würden, nach ungerechtfertigter Kündigung anderweitige Dienste aufzusuchen. Denn wenn durch das richterliche Urteil die Kündigung für gerechtfertigt erklärt wird, hätte der Schuldner für die lange Zeit von der Kündigung bis zum Erlaß des Urteils ohne Verdienst leben müssen, da er naturgemäß für die ganze Zeit nach der Entlassung keinen Vergütungsanspruch gegen den Dienstherrn geltend machen kann. Hinzu kommt, daß das Aufsuchen anderweitiger Dienste auch im Interesse des Dienstherrn liegt. Denn wenn die Kündigung durch richterliches Urteil für ungerechtfertigt erklärt wird, so hat der Dienstherr, wie oben dargelegt, nach § 615 B. G.-B. die vereinbarte Vergütung weiter zu entrichten mit Abzug dessen, was der Schuldner anderweitig verdient hat (Absatz 2, § 615 B. G.-B.). Es kann also für den Dienstherrn nur von Vorteil sein, wenn der Schuldner anderweitige Dienste aufsucht, da sich ja dann die von ihm zu zahlende Vergütung um die vom Dienstschuldner anderweitig verdiente Summe mindert. Halten wir uns schließlich noch vor Augen, daß es auch im sozialen Interesse liegt, jedem möglichst Gelegenheit zu geben, seine Arbeitskraft zu verwerten, so werden alle diese eben angeführten Momente es uns als unbillig empfinden lassen, wenn wir dem Dienstschuldner nicht gestatten wollten, anderweitige Dienste aufzusuchen. Erwägungen gleicher Art haben daher alle, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, zu dem Ergebnis geführt, daß dem Schuldner das Recht zustände, nach ungerechtfertigter Kündigung anderweitige Dienste aufzusuchen. Dem Resultat kann ich durchaus beistimmen. Der Weg jedoch, auf dem sie zu diesem Ergebnis gelangen, will mir nicht gangbar erscheinen. Alle suchen ihre Ansicht darauf zu stützen, daß sie aus allgemeinen Erwägungen heraus dem Dienstschuldner ein „Recht“ geben, andere Dienste anzunehmen, ohne eine nähere rechtliche Begründung für ihre Ansicht zu geben.

So äußert sich Oertmann[42]) über unsere Frage folgendermaßen:

„Wohl aber dürfte die Pflicht zur Leistung der Dienste außer Kraft treten, wenn der Dienstpflichtige eine anderweitige Stellung erlangt hat, soweit ihm das Aufsuchen und die Annahme derselben dem ersten Dienstberechtigten gegenüber gestattet ist. Aber wenn dem so sei, ist eine schwierige und bestrittene Frage. Hat der Dienstberechtige den Arbeiter geradezu entlassen, so hat er dadurch in aller Form gezeigt, daß er auf seine Dienste verzichten, mit ihm nichts mehr zu tun haben will. Hier wird man ihm ohne weiteres das genannte Recht geben; es wäre eine unerträgliche Schikane, wenn der entlassende Arbeitgeber sich nachher dem Arbeiter gegenüber auf die Rechtsunwirksamkeit seines eigenen Entlassungsaktes berufen wollte."

Eine ähnliche Begründung geben für diese Ansicht Sigel[43]) und das Reichsgericht in einer seiner Entscheidungen[44]).

Die Ansicht Oertmanns, in der Kündigung läge ein Verzicht, der den Schuldner von der Leistung befreie, läßt sich jedoch nicht halten. Ein solcher Verzicht könnte doch den Schuldner nur dann rechtswirksam von der Leistung befreien, wenn er als ein rechtsgültiger Erlaß der schuldnerischen Leistung anzusehen wäre. Ein Erlaß im Sinne des § 397 B. G.-B. kann aber, wie Fieberg[45]) zutreffend ausführt, in der Kündigung deshalb nicht enthalten sein, weil der Dienstherr das Vertragsverhältnis als mit Ablauf der Kündigungszeit beendet ansieht, die nach dieser Zeit zu leistenden Dienste gar nicht mehr als geschuldete betrachtet, mithin von der Verpflichtung zur Leistung geschuldeter Dienste überhaupt nicht mehr entbinden will.

---

42) Oertmann, Kommentar, S. 600.
43) Sigel, a. a. O., S. 77.
44) Recht, 1909, No. 3757.
45) Fieberg, a. a. O., S. 481.

Zu einer einwandfreien Lösung gelangen die, die auf dem Standpunkt stehen, die ungerechtfertigte Entlassung durch den Dienstherrn bewirke Unmöglichkeit der Leistung; denn ihre Auffassung rechtfertigt ohne weiteres ihr Ergebnis, daß durch die von dem Dienstherrn zu vertretende Unmöglichkeit der Dienstleistung der Dienstschuldner nach § 275 B. G.-B. von seiner Leistung befreit würde, daß dieser also über seine Arbeitskraft von der Zeit der Entlassung an frei verfügen und ohne weiteres anderweitige Dienste aufsuchen kann [46]). Da aber, wie wir oben ausführlich dargelegt haben, die Ansicht, daß schon die Entlassungserklärung Unmöglichkeit der Leistung bewirke, von uns nicht gebilligt werden kann, ist auch dieser Weg für uns nicht gangbar.

Recht bedenklich will es mir erscheinen, wenn einige zur Unterstützung ihrer Ansicht, dem Dienstschuldner stände das Recht zu, anderweitige Dienste aufzusuchen, den Satz 2 des § 615 B. G.-B. heranziehen, indem sie aus diesem Paragraphen eine P f l i c h t des Schuldners zur Annahme anderweitiger Dienste herleiten. § 615 B. G.-B. bestimmt, daß sich der Dienstschuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers den Wert desjenigen auf die Vergütung anrechnen lassen muß, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Diese Bestimmung bietet doch auch nicht den geringsten Anhalt für die Meinung, daß für den Dienstschuldner ein Recht, oder gar eine Pflicht besteht, anderweitige Dienste anzunehmen. Man kann vielmehr gerade das Gegenteil aus dieser gesetzlichen Bestimmung entnehmen. Die Anrechnungspflicht trifft doch nach § 615 Absatz 2 den Schuldner nur dann, wenn er es „böswillig" unterläßt, andere Dienste aufzusuchen. Wäre es der Wille des Gesetzgebers gewesen, den Schuldner grundsätzlich zur Annahme anderweitiger Dienste anzuhalten, so hätte er

[46]) F i e b e r g, a. a. O., S. 486.

doch die Anrechnungspflicht für alle Fälle, nicht nur für die des böswilligen Unterlassens festgelegt.

Wir sehen also, daß die Gründe, die bisher in der Literatur für die Ansicht angeführt worden sind, der Dienstschuldner sei berechtigt, nach ungerechtfertigter Entlassung andere Dienste aufzusuchen, unseren Beifall nicht finden können, und zwar ist der Grund hierfür meines Erachtens darin zu erblicken, daß alle vermeinten, sie könnten zu einer Entscheidung nur dadurch gelangen, daß sie den Schuldner von der Leistung seiner Vertragspflicht entbinden und ihm ein „Recht" geben, anderweitige Dienste aufzusuchen. Es ist dies aber durchaus nicht der einzige Weg, wie ich im folgenden darzulegen versuchen werde, um das gewünschte gerechte Ergebnis zu erhalten. Wir werden dies vielmehr auch dann erreichen, wenn wir daran festhalten, daß der Schuldner trotz der ungerechtfertigten Entlassung noch zur Leistung seiner Vertragspflicht verpflichtet ist. Es dünkt mich dies auch der einzig richtige Weg zu sein. Denn es ist doch eine große Inkonsequenz, den Vertrag erst für fortbestehend, also jeden Teil noch an seine Vertragspflicht gebunden, zu erklären, dann aber den Schuldner von seiner Leistungspflicht zu entbinden. Es ist dies um so bedenklicher, als der Dienstvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist und das Charakteristikon des gegenseitigen Vertrags ja gerade ist, daß die Leistung des einen Kontrahenten nur gegen die Leistung des anderen geschuldet wird. Außerdem erscheint es mir auch sehr bedenklich, eine derartige folgenschwere Entscheidung nur auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen stützen zu wollen. Wir wollen daher konsequent an unserer Ansicht festhalten, daß der Vertrag trotz der ungerechtfertigten Entlassung im vollen Umfang für beide Kontrahenten fortbesteht und beide zur Erfüllung ihrer vertraglichen Leistung weiter verpflichtet sind. Wenn wir hieran festhalten, so müssen wir das Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner als eine Verletzung seiner Ver-

tragspflicht ansehen. Durch sein Verhalten hat er die weitere Leistung der Dienste unmöglich gemacht. Es müßten demnach die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen, die §§ 323 ff. B. G.-B., Anwendung finden. Denn die Vorschrift des § 615 B. G.-B. kann hier keine Anwendung finden, da, wie wir bereits oben dargelegt haben, Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung unvereinbare Gegensätze bilden und auf der Grundlage desselben Ereignisses nebeneinander nicht bestehen können. Es müßte demnach, da die Unmöglichkeit der Leistung durch den Dienstschuldner zu vertreten ist, der § 325 B. G.-B. Anwendung finden:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten."

Doch dies kann unmöglich unsere definitive Entscheidung sein. Es wäre doch eine große Härte, wegen einer Handlung des Dienstverpflichteten, die beiden Kontrahenten nur von Vorteil ist, den Dienstverpflichteten schweren Nachteil leiden zu lassen. Denn wenn auch in der ungerechtfertigten sofortigen Kündigung ein Erlaß der schuldnerischen Dienste im rechtlichen Sinne nicht zu erblicken ist, wie wir oben dargelegt haben, so kann doch der Schuldner aus ihr einen Verzicht auf seine Dienste in tatsächlicher Hinsicht entnehmen. Durch seine Kündigung hat der Dienstherr doch tatsächlich zum Ausdruck bringen wollen, daß ihm an einer weiteren Dienstleistung des Schuldners nichts mehr gelegen sei und dadurch überhaupt erst den Anlaß zu der Handlung des Schuldners gegeben, die die Unmöglichkeit der Leistung nach sich zog. Es hat also der Dienstherr an der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung durch sein Verhalten mitgewirkt. Es erhebt sich somit die Frage, ob nicht vielleicht der Dienstherr die Unmöglichkeit der Leistung mit zu vertreten

hat und ob eine konkurrierende Vertretungspflicht analog der konkurrierenden Schadensersatzpflicht von rechtlicher Bedeutung ist. Wollen wir diese Frage erörtern, so müssen wir uns zunächst darüber klar werden, was wir unter dem Begriff „Vertreten" der §§ 324 ff. zu verstehen haben. Die Bedeutung dieses Begriffs ist nämlich für unsern Fall von weittragender Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob der Dienstherr in jedem Fall infolge der ungerechtfertigten Entlassung des Dienstschuldners die Unmöglichkeit der Leistung mitzuvertreten hat. Denn setzen wir „vertreten" im Sinne des § 324 B. G.-B. gleich „Verschulden", so können wir nicht generell zu einem einheitlichen Resultat gelangen, da es ganz auf den einzelnen Fall ankommt, ob die ungerechtfertigte Entlassung eine schuldhafte Handlung des Dienstherrn ist. Es kann der Dienstherr bei der Entlassung mit der größten Sorgfalt gehandelt haben und fest davon überzeugt gewesen sein, daß er zur Kündigung berechtigt sei. In diesem Fall können wir doch unmöglich die Entlassung als eine schuldhafte Vertragsverletzung des Dienstherrn ansehen; da demnach die Entscheidung darüber, ob die Entlassung eine schuldhafte Vertragsverletzung ist, stets nur für den einzelnen Fall zu treffen und somit auch die Entscheidung darüber, ob dem Dienstherrn eine Vertretungspflicht obliegt, ebenfalls nur von Fall zu Fall zu geben wäre, können wir ein einheitliches Ergebnis nicht erreichen, wenn wir „vertreten" im Sinne von „verschulden" auffassen. Ganz anders liegt es jedoch, wenn wir den Begriff „vertreten" über den des „Verschuldens" hinausgehen lassen und unter ihm nicht nur schuldhafte, sondern auch sonstige Handlungen des Gläubigers, die die Unmöglichkeit veranlaßt haben, verstehen. Denn das dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die ungerechtfertigte Entlassung durch den Dienstherrn in jedem Fall eine Handlung ist, die die Unmöglichkeit der Leistung mitveranlaßt hat.

Unbestritten dürfte es sein, daß der Begriff „vertreten"

im Sinne des § 325 B. G.-B., also „vertreten" von seiten des Schuldners, gleich „verschulden" zu setzen ist. Denn der § 276 B. G.-B. gibt dem in klaren Worten Ausdruck:

„Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten."

Sehr bestritten aber ist, ob auch für den Begriff „vertreten" im Sinne des § 324 B. G.-B., also „vertreten" von seiten des Gläubigers, dasselbe zu gelten hat. Diese Frage würdigt W e y l [47]) in seinem ausführlichen Werke „System der Verschuldensbegriffe" einer eingehenden Untersuchung, die meines Erachtens zu einem durchaus richtigen Ergebnis führt. W e y l kommt zunächst ganz allgemein auf den Begriff „vertreten" zu sprechen.

„Nicht immer", so führt er aus, „involviert das Vertreten ein Verschulden, so neben anderen Fällen nicht da, wo das Gesetz nicht sowohl von einem vom Gegner zu vertretenden Umstand spricht, sondern davon, daß ein Ereignis durch einen vom Gegner zu vertretenden Umstand eingetreten ist, und daß für diesen Gegner die sonstigen Vorteile verloren bezw. für die hauptsächlich interessierende Partei nicht verloren gehen."

Zu diesen Fällen rechnet W e y l neben den §§ 265 und 338 B. G.-B. auch den § 324 B. G.-B.

„Die Sprache des Gesetzes", so sagt er weiter, „ist keineswegs geeignet, einen unbedingten Rückschluß dahin zu gestatten, daß die Vertretungspflicht stets — und darum im besonderen auch da, wo das Gesetz hierüber schweigt — nur eintritt, wenn ein Verschulden vorliegt, und daß etwa ein zu vertretender Umstand identisch ist mit einem schuldhaft herbeigeführten Umstand; im Gegenteil beweist neben einer Reihe von Gesetzesstellen, die betreff des Vertretens dem Verschuldensprinzip huldigen, eine nicht geringe Anzahl anderer Gesetzesstellen, die Unabhängigkeit der Vertretungspflicht vom Verschulden, so daß also die

[47]) W e y l, a. a. O., S. 495 ff.

Pflicht, etwas zu „vertreten", offenbar gegenüber der Pflicht, die Folgen des Verschuldens tragen zu müssen, der weitere Begriff ist."

In der Literatur und Judikatur sind die Ansichten derer, die sich überhaupt über die Bedeutung des Begriffs „vertreten" näher äußern, geteilt. So steht auf unserm Standpunkt noch Oertmann[48]). Er spricht dies zwar nicht ganz unzweideutig aus; es läßt sich aber eine Unterstützung unserer Ansicht in seiner Aeußerung finden; „wenn die Leistung durch die Schuld des Gläubigers oder sein sonstiges vertretbares Verhalten unmöglich geworden ist."

Es schließen sich uns ferner an Kisch[49]), Endemann[50]) und das Oberlandesgericht Kassel[51]). Dagegen sind der Ansicht, daß Verschulden die notwendige Grundlage der Vertretungspflicht ist, Lotmar[52]), Staub[53]), Crome[54]) und das Reichsgericht in einer seiner Entscheidungen[55]). Ich möchte mich nun durchaus der Ansicht Weyls anschließen. Für ihre Richtigkeit sprechen noch folgende Erwägungen. Als Voraussetzung des Verzugs, der in seinen Rechtsfolgen doch unverkennbar eine gewisse Aehnlichkeit mit den Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Leistung aufweist, fordert das Gesetz in der durchaus billigenswerten Erkenntnis, daß der Schuldner als wirtschaftlich Schwächerer eines besonderen Schutzes bedürfe, beim Schuldnerverzug ein Verschulden des Schuldners, beim Gläubigerverzug jedoch nicht. Es liegt daher nahe, dieselbe vom Gesetz gewollte Ungleichheit in der Stellung

[48]) Oertmann, Kommentar, zu § 324 B. G.-B.
[49]) Kisch, Unmöglichkeit der Leistung, S. 75.
[50]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 635/636.
[51]) Rspr. d. O.-L.-G., Bd. 7, S. 479.
[52]) Lotmar II, S. 263.
[53]) Staub, Die positive Vertragsverletzung, S. 33.
[54]) Crome, System des dt. bürgerl. Rechts II, S. 147.
[55]) R.-G.-E., Bd. 52, S. 18.

des Gläubigers und Schuldners beim Verzuge auch bei der Unmöglichkeit der Leistung als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzunehmen und den Gläubiger auch ohne Verschulden die Vertretungspflicht treffen zu lassen. Wenn wir uns auf diesen Standpunkt stellen, können wir den allgemeinen Grundsatz aufstellen, daß in jedem Falle die durch das Aufsuchen anderweitiger Dienste bewirkte Unmöglichkeit der Leistung auch vom Gläubiger zu vertreten ist.

Es ist also hier die Unmöglichkeit der Leistung durch das zusammenwirkende Verhalten der beiden Kontrahenten herbeigeführt worden. Eine besondere Regelung hat das Gesetz für diesen Fall bei den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung nicht getroffen. Es liegt aber sehr nahe, die Vorschriften des § 254 B. G.-B. analog hier anzuwenden[56]). Im § 254 B. G.-B. ist bestimmt, daß, wenn bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Dieser Grundsatz kann, obgleich es sich hier nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, ganz unbedenklich entsprechend übertragen werden. Es wäre demnach zu prüfen, ob die Unmöglichkeit der Leistung vorwiegend von dem Dienstherrn oder von dem Dienstschuldner zu vertreten ist. Wenn wir uns hier vor Augen halten, daß das Aufsuchen anderweitiger Dienste im beiderseitigen Interesse liegt, daß aus der ungerechtfertigten Entlassung der Dienstschuldner doch entnehmen kann, dem Dienstherrn sei an seiner weiteren Dienstleistung nichts mehr gelegen, daß weiterhin der Schuldner als der wirtschaftlich Schwächere eines stärkeren Schutzes bedarf als der Gläubiger und daß

[56]) Der gleichen Ansicht Planck, Kommentar II, S. 148, Oertmann, Kommentar, zu § 324, Kisch, a. a. O., S. 95, Staudinger, zu § 324.

schließlich das Recht der sofortigen Kündigung ein so scharfes Schwert in der Hand des Berechtigten ist, daß er von ihm nur nach aller sorgfältigster Ueberlegung Gebrauch machen soll, wenn wir also alles dies erwägen, so dürfen wir wohl keine Bedenken tragen, unsere Entscheidung zugunsten des Dienstschuldners zu fällen. Wir würden demnach zu dem Ergebnis gelangen, daß die Unmöglichkeit der Leistung, die durch das Aufsuchen anderweitiger Dienste durch den Dienstschuldner nach seiner ungerechtfertigten Entlassung herbeigeführt worden ist, vorwiegend von dem Dienstherrn zu vertreten ist.

In solchem Falle will Oertmann[57]) allein den § 324 B. G.-B. Anwendung finden lassen. Danach hätte also der Dienstherr dem Dienstschuldner die volle Vergütung zu zahlen, während der Dienstverpflichtete nach § 275 B. G.-B. von der Leistung seiner Dienste frei würde.

Eine andere Lösung schlägt Kisch[58]) vor. Nach ihm soll die Leistung, falls sie in Geld besteht — und dies trifft ja beim Dienstvertrag zu — in der Art herabgesetzt werden, daß die Höhe des zu zahlenden Betrages von dem Richter nach den Umständen des Einzelfalles festgestellt wird. Wenn auch vielleicht an Kischs Ansicht das eine auszusetzen ist, daß sie die Analogie mit § 254 B. G.-B. etwas weit treibt, so möchte ich ihr doch vor der Entscheidung Oertmanns den Vorzug geben. Denn gerade dadurch, daß sie dem Richter nicht eine für jeden Fall bindende Vorschrift gibt, sondern ihn vielmehr ganz nach den Umständen des Einzelfalles den vom Dienstschuldner zu zahlenden Betrag abschätzen läßt, ermöglicht sie diesem, für jeden einzelnen Fall ein beiden Teilen gerechtwerdendes Votum zu fällen.

---

[57]) Oertmann, Kommentar, zu § 324 B.G.-B.
[58]) Kisch, a. a. O., S. 95.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 13.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1912.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts II, 1902.

Deutsche Juristenzeitung, 1903, 1904.

Düringer u. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch 1901.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und der Handlungslehrlinge, 1905.

Iherings Jahrbücher, Bd. 43.

Juristische Wochenschrift, 1903, 05, 07, 08.

Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900.

Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Reichsgerichtsräten, 1910.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1912.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, 1902, und Bd. 2, 1908.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1910.

Motive zum Entwurf eines Reichsgesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1909.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1910, 2. Teil.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1907.

Recht, 1902, 1909.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 7.

Seufferts Archiv, Bd. 65.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 9. Aufl., 1912.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1910.

Wentrup, Der Gläubigerverzug im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.

Weyl, System der Verschuldungsbegriffe, 1905.

Druck von Carl Marschner, Berlin SW. 68.